
Propos conclusifs

Sarah Benichou



Édition électronique

URL : <http://journals.openedition.org/revdh/2734>

DOI : 10.4000/revdh.2734

ISSN : 2264-119X

Éditeur

Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux

Référence électronique

Sarah Benichou, « Propos conclusifs », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], 9 | 2016, mis en ligne le 24 novembre 2016, consulté le 09 octobre 2020. URL : <http://journals.openedition.org/revdh/2734> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/revdh.2734>

Ce document a été généré automatiquement le 9 octobre 2020.

Tous droits réservés

Propos conclusifs

Sarah Benichou

- 1 La lutte contre les discriminations figure parmi les 4 missions du Défenseur des droits. Pour contribuer à l'effectivité du droit de la non-discrimination, l'Institution développe une action d'accès aux droits, en traitant les réclamations et en informant les personnes de leurs droits, et promeut l'évolution des pratiques en mobilisant et en accompagnant les acteurs de la LCD et les auteurs potentiels de discriminations. Elle commande des études pour approfondir la connaissance de la réalité des discriminations en France et ajuster ces actions et propose des réformes pour combler les lacunes du droit, notamment mises en lumière lors du traitement des saisines.
- 2 Parmi les freins normatifs à la LCD, on peut désigner le manque de cohérence de la législation antidiscriminatoire, qui s'est construite par strates successives. Le Défenseur est intervenu à plusieurs reprises, auprès du Gouvernement et des parlementaires, pour demander notamment un alignement des critères prohibés dont la liste varie selon les textes et codes, l'ouverture d'une voie civile en matière de harcèlement et dans le domaine des biens et services, la précision de la notion de harcèlement discriminatoire et l'extension de l'obligation d'aménagement raisonnable aux biens et services.
- 3 Le Défenseur des droits contribue également à lever les freins procéduraux identifiés lors de ce colloque en facilitant l'accès au droit et aux droits via ses modalités de saisine directes, gratuites et sans formalisme et en faisant usage de ses larges pouvoirs d'enquête pour faciliter l'accès à la preuve. L'Institution s'est également mobilisée pour l'instauration de l'action de groupe dans la mesure où le seul traitement contentieux individuel n'a pas l'impact financier suffisant pour engager les éventuels mis en cause à lutter contre les discriminations. L'Institution se félicite que l'action de groupe soit aujourd'hui envisagée, mais les modalités du recours doivent répondre à l'objectif d'efficacité.
- 4 Enfin, concernant les freins jurisprudentiels, on peut relever que la notion de discrimination indirecte reste trop peu mobilisée. De même, le droit français peine à se saisir des discriminations multiples et notamment des discriminations institutionnelles. La stratégie de preuve peut être périlleuse alors même que les

éventuels dommages et intérêts ne seront pas plus importants. Le Défenseur, rarement saisi par les réclamants sur le fondement de motifs multiples, ne développe une telle approche que rarement dans ces décisions. Néanmoins, dans le cadre de son action de promotion, les critères de discriminations ne sont pas envisagés de manière autonome, afin d'intégrer la dimension intersectionnelle des discriminations et de se prémunir de toute essentialisation.

- 5 accès aux droits, critères de discrimination, harcèlement, aménagement raisonnable, action de groupe, discrimination indirecte, discriminations multiples, discrimination intersectionnelle, don du sang.
- 6 La lutte contre les discriminations figure parmi les quatre domaines de compétence du Défenseur des droits qui contribue ainsi à l'effectivité du droit de la non-discrimination. Il est en effet amené à traiter des réclamations pour discrimination et, ce faisant, favorise l'accès aux droits et aux juridictions des personnes qui y sont confrontées. Dans le cadre de cette mission spécifique de protection des droits, l'Institution dispose de pouvoirs d'enquête importants et, si la discrimination est caractérisée, le Défenseur des droits peut mettre en œuvre un éventail de solutions - médiation, recommandations, transaction pénale ou encore observations devant le juge par exemple. Dans le cadre de la mission de promotion de l'égalité dont il a la charge, le Défenseur vient prolonger son action réparatrice et individualisée et s'intéresse davantage aux caractères collectif et systémique des discriminations en misant sur la prévention et le changement durable des pratiques. Il développe ainsi une action d'information des personnes sur leurs droits, tout en mobilisant les acteurs de la lutte contre les discriminations et les auteurs potentiels de discriminations par le biais d'outils dédiés ou de séquences de formations. L'Institution est également amenée à proposer des réformes en se fondant sur les lacunes du droit mises en lumière lors du traitement des saisines ou lors des échanges avec nos partenaires associatifs et professionnels dans le cadre de groupe de travail ou des comités d'entente. Enfin, pour mieux comprendre les mécanismes de la discrimination et ses impacts collectifs mais également cibler ses priorités et adapter son action, l'Institution finance des études et recherches à l'instar de celle qui est en cours à l'université de Nanterre sur la lutte contre les discriminations à l'épreuve de son effectivité.
- 7 Il a été proposé au Défenseur des droits de conclure ce colloque sur les freins à la lutte contre les discriminations. Nous avons été d'autant plus heureux d'accepter cette sollicitation que le Défenseur s'attache dans sa recherche d'effectivité du droit et des droits à mieux comprendre ces obstacles. Au vu de l'ampleur des discriminations, démontrée notamment par le baromètre annuel que nous organisons avec l'OIT sur la perception des discriminations dans l'emploi¹, les réclamations reçues par le Défenseur des droits ne constituent que la face émergée d'un immense iceberg.
- 8 Il ne pourra être question ici de reprendre l'ensemble des analyses qui ont été exposées durant cette journée de colloque, analyses qui sont pour beaucoup partagées par le Défenseur. Ainsi, la question des freins conceptuels ne sera pas ici abordée. Je ne m'attacherai ici qu'à développer certains sujets traités plus rapidement lors de cette journée ou pour faire part du positionnement du Défenseur en respectant la structuration initiale du colloque : freins conceptuels (I), freins procéduraux (II) puis freins jurisprudentiels (III).

I – Les freins normatifs

- 9 Deux formidables interventions ont été consacrées ce matin aux freins normatifs. Au titre du Défenseur des droits, je souhaitais rapidement revenir sur deux points qui ont fait l'objet de prises de position publiques du Défenseur des droits, notamment au travers des avis et propositions de réforme qu'il adresse aux parlementaires.

A Réserves relatives à l'introduction du critère de précarité sociale

- 10 L'article 2 par. 2 du Pacte international relatif aux droits sociaux, économiques et culturels (PIDESC) de l'ONU du 16 décembre 1966 et l'article 26 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP) de l'ONU du 16 décembre 1966 visent tous deux l'origine nationale ou sociale, les conditions de fortune ou de naissance. Néanmoins, ces textes ne s'appuient pas sur la rhétorique du droit de la non-discrimination.
- 11 Quelques textes internationaux et européens imposent aux Etats de ne pas adopter de politiques discriminatoires en relation avec la condition de fortune ou de pauvreté. L'article 14 de la Convention européenne impose aux Etats de respecter le principe de non-discrimination eu égard aux droits garantis par la Convention sur les critères de condition sociale, de fortune et de naissance. Si la condition sociale a été retenue par le législateur du Québec parmi les motifs de discrimination tout comme le critère de la fortune a été intégré dans la législation belge, ce n'est pas le cas de la France.
- 12 Dans un avis du 26 septembre 2013, la Commission nationale consultative des droits de l'Homme s'est exprimée en faveur de l'introduction du critère de la précarité sociale dans l'article 225-1 du code pénal et dans la loi du 27 mai 2008².
- 13 Le Défenseur des droits a quant à lui exposé ses réserves dans un avis remis au Parlement en juin 2015. Prenant exemple sur la mise en œuvre de la loi sur l'interdiction de discrimination à raison du lieu de résidence adoptée en février 2014, le Défenseur a attiré l'attention du législateur sur la question de la portée effective de cette nouvelle protection³. En effet, les saisines reçues par l'Institution sur le critère du lieu de résidence ne correspondent pas à ce qui était envisagé lors de son introduction. Il visait à répondre initialement aux situations de discrimination à l'embauche des jeunes des quartiers populaires mais il est, en réalité, davantage mobilisé pour dénoncer la tarification modulée des services communaux, pour pointer des inégalités territoriales dans l'accès et la qualité des services publics disponibles⁴ ou encore signaler des discriminations à l'embauche liées à l'éloignement géographique.
- 14 Alors que l'intégration du critère « précarité sociale » était envisagée par une proposition de loi, le Sénat a voté en première lecture en juin 2015 l'inscription dans le code pénal et le code du travail l'interdiction des discriminations fondées cette fois sur la « vulnérabilité de la personne en raison de sa situation économique ».
- 15 Le Défenseur relève qu'à l'instar du critère de résidence, aucune étude d'impact sur l'introduction du motif de précarité sociale n'avait été réalisée pour identifier les situations susceptibles de faire l'objet d'un recours, et tenir compte du fait qu'il pourrait concerner des situations très variées et ambiguës. Le concept fait glisser l'idée de prise en compte de la pauvreté vers celle de prise en compte de la précarité, terminologie incertaine qui ne peut désigner exclusivement la situation de pauvreté. À

cet égard, la vulnérabilité économique, expression plus restrictive, n'apparaît pas nécessairement plus claire. Il est évident que des précisions devraient être apportées, particulièrement sur le seuil à partir duquel la personne pourrait être considérée comme vulnérable et donc discriminée sur ce fondement.

- 16 Le Défenseur a rappelé aux parlementaires qu'au-delà du symbole, la promesse d'une nouvelle protection se doit d'être efficace et opératoire. C'est pourquoi il s'interroge sur les conditions de l'efficacité d'une réponse juridique fondée sur le droit des discriminations.
- 17 Au-delà de la nécessaire précision de la loi notamment pénale, la prohibition de la discrimination fondée sur la précarité sociale ne permettra pas d'élargir l'efficacité de la protection des droits des personnes en situation de grande précarité. Le Défenseur des droits traite plusieurs dizaines de milliers de dossiers de personnes en situation de grande précarité par an au titre de sa compétence en matière d'accès aux services publics. Il constate que le principe d'égal accès aux services publics et les droits spécifiquement protégés, comme le droit à l'hébergement d'urgence ou le droit à l'école, sont déjà pris en compte par le droit commun. Il souligne qu'il faudrait plutôt s'attaquer à la précarité elle-même et aux grandes difficultés de ce public à faire valoir ses droits, notamment par la mise en œuvre d'une véritable politique publique d'accès aux droits économiques, sociaux et culturels.
- 18 Les réponses de fond apportées à la promotion des droits des personnes les plus pauvres relèvent moins de la lutte contre les discriminations (action de nature juridique) que de la lutte contre les exclusions (action de nature politique et sociale). Or, la première ne saurait se substituer à la seconde.

B La disparité problématique des régimes de lutte contre les discriminations selon les critères

- 19 Le régime juridique applicable aux 21 critères de discrimination est largement commun. Ce modèle de protection généraliste constitue pour le Défenseur un modèle adapté aux enjeux contemporains en conservant une perspective universaliste et permettant un traitement intersectionnel des discriminations. Cependant, comme l'a souligné Serge Slama dans son intervention, les dispositions concernant les régimes de lutte contre les discriminations sont nombreuses et hétérogènes. La législation a été complétée par vagues successives sans qu'une attention rigoureuse soit toujours portée à la mise en cohérence des textes : tous les critères ne connaissent pas le même niveau de protection, et d'importantes incohérences demeurent. Par exemple, le critère de la situation de famille n'est pas retranscrit dans la loi de 1983 sur les droits et obligations des fonctionnaires⁵.
- 20 Plus généralement, la loi du 27 mai 2008 est loin de prévoir les mêmes interdictions pour tous les critères qui y sont visés et le Défenseur des droits estime qu'il serait opportun de simplifier le régime juridique afin d'unifier la protection en matière de biens et services et de harcèlement discriminatoire.
- 21 Le Défenseur des droits considère que la loi sur les recours collectifs pourrait être l'occasion d'unifier les régimes de protection ; d'autres vecteurs pourraient être identifiés (projet de loi Égalité et citoyenneté par exemple).

- 22 Dans le cadre d'un avis sur le projet de loi Justice du XXI^e siècle⁶, l'Institution a notamment recommandé :
- 23 *L'élargissement de la notion d'aménagement raisonnable pour les personnes handicapées dans le domaine des biens et services.* Actuellement, cette notion ne figure que dans le droit du travail et celui de la fonction publique.
- 24 *Le développement d'une voie de recours civile en matière d'accès aux biens et services.* Hormis les critères de la « race », de l'origine « ethnique », du sexe, de la grossesse et de la maternité, les discriminations fondées sur d'autres critères ne sont couverts en matière d'accès aux biens et services (loisirs, crédit, assurance...) que par le code pénal, contrairement au domaine de l'emploi. Les personnes ne peuvent alors pas bénéficier de l'aménagement de la charge de la preuve et doivent démontrer le caractère intentionnel de la discrimination. Au-delà de la transposition communautaire, le droit français a adopté ses propres critères qui connaissent sans explication des différences de protection et mériteraient une harmonisation globale. Cependant, on peut relever une récente évolution, qui fait figure d'exception : les critères ont été complétés en 2014 pour l'accès au logement avec la loi Alur⁷.
- 25 *La précision des termes et de la portée du concept de harcèlement discriminatoire.* A son article 2 (3), la directive emploi 2000/78⁸ indique que « *le harcèlement est considéré comme une forme de discrimination* ». L'article 1^{er} de la loi du 27 mai 2008 a transposé en droit interne dans le cadre de la définition du concept de discrimination, la notion de harcèlement discriminatoire issue des directives 2000/43 et 2000/78. Ainsi, le comportement visé comme un « *agissement ayant pour objet ou pour effet de porter atteinte à sa dignité ou de créer un environnement intimidant* » est inclus dans la discrimination mais sans que ne soit explicitement repris le terme de harcèlement⁹. Dans la mesure où la définition de la loi du 27 mai 2008 est en décalage avec la définition de harcèlement du droit français qui requiert des « *agissements répétés* » (article L. 1152-1 du code du travail), et où la loi du 27 mai 2008 ne vise pas les 21 critères ciblés par le droit français, il apparaît nécessaire d'en clarifier la portée en introduisant à l'art. 1^{er} de la loi de 2008 la notion de « harcèlement discriminatoire » qui aurait vocation à s'appliquer à l'ensemble des critères prohibés de discrimination.
- 26 En effet, la directive européenne 2000/78 qui définit ce concept a été transposée par la loi du 27 mai 2008 qui ne reprend pas le terme de harcèlement. Ce décalage est à l'origine d'imprécisions qui mériteraient d'être clarifiées.

II – Les freins procéduraux

A Le dispositif de preuve

- 27 Le Défenseur des droits tente de faciliter l'accès à la preuve, en particulier grâce à ses pouvoirs d'enquête. Il détient d'importants pouvoirs d'instruction (communication d'information, audition, vérification sur place...), assortis d'un pouvoir d'injonction. Il peut aussi solliciter des études et déposer des observations devant le juge.
- 28 La méthode de la comparaison de panel que nous utilisons a tout d'abord été mise en œuvre pour apporter la preuve d'une discrimination fondée sur l'activité syndicale. Elle a permis de montrer la logique de la discrimination et d'objectiver l'évaluation du

préjudice. Elle a ensuite été étendue pour prouver des discriminations fondées sur d'autres critères : sexe, orientation sexuelle, origine.

- 29 Le Défenseur peut également réaliser des *testings* pour mettre en évidence des faits de discrimination. Il a pour exemple mobilisé cette méthode s'agissant de la prise en charge par les taxis des chiens d'aveugle ou encore pour vérifier des refus de soin subis par des bénéficiaires de la CMU-C ou de l'AME. L'introduction des tests de situation comme mode de preuve devant les juges civils pourrait être intéressante au regard de l'application de l'aménagement de la preuve. Dans un premier temps, le demandeur doit prouver qu'il est moins bien traité et établir que la différence de traitement est de nature à laisser supposer qu'il existe une discrimination. Cependant, la méthode du test de situation risque de se heurter au principe de loyauté de la preuve, très souvent mobilisé par les juges civils pour écarter des modes de preuve.
- 30 Au-delà du *testing* et de la méthode des panels appliquée aux carrières, l'Institution peut réaliser des enquêtes approfondies qui peuvent permettre de démontrer la discrimination à l'instar des travaux menés par la HALDE dans l'affaire Airbus. L'étude des recrutements de l'entreprise avait permis de montrer que seules deux personnes d'origine maghrébine avaient été engagées sur les 260 personnes recrutées en CDI en six ans et l'étude de la composition des élèves des lycées professionnels qui constituent un vivier majeur de recrutement pour Airbus soulignait qu'on ne retrouvait aucun des élèves d'origine étrangère parmi les personnes embauchées. Au-delà du seul cas individuel qui était soumis à la HALDE, l'Institution avait permis de démontrer une discrimination systématique dans cette entreprise. Les enquêtes et expertises sociologiques peuvent également constituer des moyens de preuve complémentaires qui permettent de situer et d'asseoir la discrimination individuelle alléguée et notamment les stéréotypes mobilisés¹⁰.
- 31 De manière plus générale et au-delà des pouvoirs d'enquête, les observations présentées devant les juridictions permettent au Défenseur d'apporter son expertise juridique acquise à travers le traitement des saisines, sa maîtrise des droits national, européen et international concernés. Pour exemple, le Défenseur des droits a ainsi souhaité porter à l'attention de la Cour d'appel de Paris qui statuait sur des contrôles au faciès « *les constats qu'il a pu dresser à travers le traitement des réclamations individuelles dont il a été saisi et les travaux qu'il a pu mener, sur les pratiques en matière de contrôles d'identité, ainsi que sur les exigences du droit européen relatif à la lutte contre les discriminations, en particulier les obligations positives pesant sur l'État qui sont inhérentes à la protection effective des droits* »¹¹ et ses analyses ont été en grande partie reprises par la Cour qui a constaté en juin 2015 le caractère discriminatoire des contrôles et la responsabilité de l'État¹².

B L'action collective

- 32 Un recours collectif est une action en justice qui facilite l'accès aux droits des victimes en démultipliant l'effet d'un jugement sur un groupe de personnes visées par la situation ayant fait l'objet du jugement.
- 33 Le Défenseur des droits prône l'action collective depuis longtemps car dans la casuistique, les victoires restent très individuelles. En effet, lorsqu'une situation de discrimination est reconnue par un jugement, cela ne résout pas les difficultés de tous ceux qui sont confrontés à la même situation. Pour exemple, dans les affaires Airbus et

BNP, indépendamment de leur médiatisation, la discrimination reconnue est collective, mais le jugement ne profite qu'au seul demandeur et la sanction reste de portée limitée. Ces décisions n'ont pas d'enjeu financier et sont sans impact sur les pratiques des entreprises. Il reste donc très rentable, économiquement, de maintenir des inégalités de traitement.

- 34 L'action collective a aussi l'avantage de révéler des discriminations structurelles dans l'entreprise ou l'administration concernée, sans nécessairement pointer une source précise alors qu'elles sont le résultat de pratiques discriminatoires directes et indirectes, souvent diffuses, issues de stéréotypes qui se cumulent et interagissent.
- 35 Le Défenseur des droits s'est prononcé à plusieurs reprises en faveur de l'action de groupe en octobre 2013¹³, en juin 2015¹⁴ puis en octobre 2015 dans le cadre du projet de loi Justice du XXI^{ème} siècle¹⁵. Il a eu l'occasion de souligner qu'il ne souhaite pas être impliqué dans la procédure d'action de groupe en tant que partie, car le principe d'égalité des armes l'obligerait alors à abandonner ses pouvoirs d'enquête et son statut d'*amicus curiae*, qui lui garantissent aujourd'hui son indépendance.
- 36 Les constats sur le dispositif prévu par le texte Justice du XXI^{ème} siècle sont les suivants : le champ d'application doit être le plus large possible pour couvrir l'ensemble des critères et domaines prévus par loi.
- 37 L'accès à cette procédure devrait être ouvert à toutes les victimes, même si elles ne sont pas représentées par un syndicat ou une association.
- 38 La procédure devrait être scindée en deux étapes : dans un premier temps, le juge statuerait uniquement sur l'homogénéité de la situation collective soulevée par le groupe et dans un second temps, il se prononcerait sur la responsabilité de la personne mise en cause dans le cadre d'un débat contradictoire. L'intérêt de prévoir cette première étape est de favoriser le règlement de situations de discrimination grâce à l'enjeu financier de la condamnation éventuelle.
- 39 La problématique du financement des recours est soulevée en proposant la création d'un fonds d'aide au recours collectif inspiré du modèle québécois.
- 40 La sanction prévue n'est pas suffisamment dissuasive et pose la question de l'utilité du dispositif puisque seuls les préjudices survenus postérieurement à la saisine de l'employeur par un syndicat pourraient faire l'objet d'une réparation. En outre, l'indemnisation des préjudices moraux est exclue. Cette règle procédurale semble entrer en conflit avec le principe de réparation intégrale du préjudice et l'obligation de sanctions effectives, proportionnées et dissuasives prévue par les directives¹⁶.

III – Les freins jurisprudentiels

A Discrimination indirecte

- 41 Pour qu'une mesure neutre en apparence soit susceptible d'être à l'origine d'une discrimination indirecte, il faut qu'une part importante des personnes concernées par un critère prohibé de discrimination possède d'autres caractéristiques sociales communes. Comme le soulignent Marie Mercat-Bruns et Emmanuelle Boussard-Verrecchia, la discrimination indirecte révèle en effet des phénomènes de discriminations systémiques¹⁷.

- 42 Souvent, les conditions de la discrimination indirecte sont réunies avec les phénomènes de ségrégation. Voilà pourquoi la notion s'applique particulièrement dans la jurisprudence communautaire et nationale aux femmes qui connaissent une ségrégation professionnelle à la fois verticale (plafond de verre) mais également horizontale (elles n'occupent pas les mêmes emplois¹⁸). Elles représentent également la grande majorité des temps partiels et prennent toujours en charge les tâches domestiques et familiales.
- 43 Pour exemple et comme démontré dans le Guide publié par le Défenseur pour une évaluation non discriminante des emplois à prédominance féminine, les classifications professionnelles qui constituent le socle d'évaluation du salaire de base pour chaque type emploi, connaissent des biais problématiques et ne permettent pas de garantir le principe de « salaire égal pour un travail de valeur égale », principe d'égalité salariale entre les femmes et les hommes qui tient justement compte de la ségrégation dans l'emploi¹⁹. De manière plus générale, l'ensemble des actions de pesée de l'emploi telles que la rédaction de l'offre de l'emploi ou de la fiche de poste, l'entretien d'embauche, et l'évaluation annuelle devraient être questionnées. Les méthodes et critères neutres en apparence d'évaluation des emplois constituent des discriminations indirectes en contribuant, au niveau individuel et collectif, à la sous-évaluation des emplois à prédominance féminine et le Guide du Défenseur propose une méthode pour éviter les biais sexistes et prendre en compte l'ensemble des compétences réellement mobilisées dans l'emploi.
- 44 La notion de discrimination indirecte peut également trouver à s'appliquer au critère d'origine quand il y a ségrégation. Par exemple, l'affaire Nikolova, sur laquelle la Cour de justice de l'Union Européenne s'est prononcée en 2015, met en cause une entreprise ayant installé des compteurs électriques à une hauteur inaccessible dans un quartier densément peuplé de Roms. Ils étaient pourtant installés dans d'autres quartiers à une hauteur normale. La Cour considère qu'il s'agit d'une discrimination directe par association, ou à tout le moins indirecte, liée à l'origine. Dans l'hypothèse où la juridiction bulgare ne considérerait pas la pratique incriminée comme étant constitutive d'une discrimination directe fondée sur l'origine ethnique, la Cour relève qu'elle pourrait constituer en principe une discrimination indirecte. Cette pratique, à supposer qu'elle ait été mise en œuvre exclusivement en vue de répondre à des abus commis dans le quartier concerné, se fonderait sur des critères apparemment neutres tout en affectant dans des proportions considérablement plus importantes les personnes d'origine rom²⁰.

B Discriminations intersectionnelles et discriminations multiples

- 45 Les discriminations *intersectionnelles*, concept élaboré par la juriste K. Crenshaw, ne naissent pas d'un simple cumul de discriminations mais sont le résultat d'une situation discriminatoire particulière²¹. Malgré l'intérêt de ces approches, le droit peine à se saisir des discriminations multicritères et notamment du concept d'intersectionnalité. Cette notion présente ainsi des limites²², mises en lumière notamment par K. Crenshaw et son analyse du droit américain²³. En France, la législation ne reconnaît pas spécifiquement les discriminations multiples et, en dépit des directives européennes²⁴ qui préconisent une approche intersectionnelle dans la lutte contre les

discriminations²⁵, force est de constater que le droit français et les actions de lutte contre les discriminations peinent à s'en saisir.

- 46 Bien qu'il soit possible de les invoquer en justice, le Défenseur relève que les recours pour discrimination liés à plusieurs critères sont extrêmement rares. La combinaison de plusieurs critères de discriminations est en effet complexe à identifier par une victime et donc difficile à faire valoir en droit. Par exemple, en 2014, le Défenseur des droits a reçu 4 535 saisines pour discriminations dans l'emploi, dont 7,7 % en raison du handicap et 6,5 % en raison du sexe²⁶ mais les réclamants revendiquent extrêmement rarement une « double » discrimination qui serait, par exemple articulée à la fois à la situation de handicap et au sexe, ou à une combinaison multiple de critères.
- 47 En adoptant une approche intersectionnelle, la stratégie de la preuve est également compliquée car il est alors difficile d'identifier un élément de comparaison pertinent. La professeure de droit Marie Mercat-Bruns rappelle ainsi qu'« [a]u lieu de multiplier les preuves de discriminations, la présence de plusieurs critères mobilisables pour défendre les intérêts d'une personne discriminée semble nuire à la preuve de ces discriminations et à leur visibilité : la difficulté technique en droit réside, semble-t-il, dans l'absence du bon comparateur. Par exemple, une salariée malienne à qui est refusée une promotion ne peut prouver la discrimination, car l'employeur a promu des femmes (mais d'origine française) et des personnes d'origine africaine (mais ce sont des hommes d'origine africaine). La preuve distincte ou combinée de la discrimination fondée sur l'origine et de celle fondée sur le sexe échoue »²⁷. De plus, alors même que la démarche est difficile, la reconnaissance d'une discrimination fondée sur plusieurs critères n'entraîne pas de sanctions additionnelles (même si dans les discriminations cumulatives, les préjudices pourraient être sans doute distingués).
- 48 La stratégie de preuve périlleuse ainsi que l'absence d'avantages en termes de résultats, notamment financiers, à traiter les discriminations intersectionnelles ont conduit le Défenseur des droits à choisir de ne pas développer systématiquement l'approche intersectionnelle dans le traitement des réclamations. Néanmoins la contextualisation de la discrimination permet parfois d'apporter un éclairage intersectionnel aux discriminations caractérisées. Ainsi, dans une décision portant sur des faits de harcèlement sexuel à l'encontre d'un prestataire de nettoyage de la SNCF, le Défenseur des droits a sollicité une expertise sur les rapports de domination des femmes immigrées dans les métiers du nettoyage pour contextualiser les situations individuelles²⁸. Les conclusions de cette expertise ont été présentées au juge saisi par les victimes dans le cadre des observations du Défenseur.
- 49 Cependant, lorsqu'il s'agit de discriminations cumulées, il est envisageable de s'intéresser aux différents critères mis en cause si les éléments le permettent. Des preuves diverses peuvent démontrer l'accumulation des discriminations liées à plusieurs critères même si le juge préfère alors souvent conclure à la discrimination à raison d'un seul critère²⁹. Ainsi, dans une décision de 2013, la réclamante était aide-soignante, un emploi à prédominance féminine marqué par une forte pénibilité. Elle se plaignait d'occuper un poste inadapté à son handicap et d'avoir subi un traitement défavorable en matière de notation du fait de son état de santé et de sa grossesse. Son employeur n'avait pas respecté les préconisations du médecin du travail dans leur intégralité et il ne justifiait pas s'être fondé sur des critères objectif étrangers à toute discrimination pour établir sa notation. Le Défenseur des droits a donc conclu à l'existence d'une discrimination à raison du handicap, de l'état de grossesse et de l'état de santé de la requérante³⁰.

- 50 L'approche intersectionnelle est, dans la mesure du possible, privilégiée dans la mise en œuvre de la politique de promotion de l'égalité et de l'accès aux droits de l'Institution. L'institution a fait le choix d'une approche qui n'autonomise pas les différentes discriminations mais qui reconnaît qu'elles se construisent à l'articulation des rapports de pouvoir qui structurent la société française. Ces rapports de pouvoir renvoient notamment à l'appartenance de genre, de « race » et de condition sociale.
- 51 Aborder la question des discriminations avec une approche intersectionnelle permet donc de systématiser la vision genrée sur différentes problématiques et de penser la diversité des destinataires et des situations que l'action publique entend cibler. La promotion de l'égalité se traduit ainsi par un meilleur accompagnement des personnes surexposées aux discriminations.
- 52 En matière d'études par exemple, le Défenseur des droits tend à systématiser l'approche intersectionnelle. Ainsi, dans le cadre de la 9^{ème} édition de son baromètre sur la perception des discriminations dans l'emploi centré en 2016 sur l'apparence physique, l'institution a tenu à réaliser une analyse genrée des discriminations liées à l'apparence physique. Cette approche a notamment permis de mettre en évidence que les femmes déclarent 2 fois plus avoir été discriminées à raison de leur apparence physique que les hommes et que les normes sociales en la matière pèsent beaucoup plus sur elles (physique ou apparence vestimentaire hors norme)³¹.
- 53 Cette approche intersectionnelle se retrouve également dans l'élaboration des outils d'information que nous produisons à l'instar de la fiche thématique sur l'homophobie au travail qui comprend un focus spécifique sur la lesbophobie afin de souligner que les lesbiennes sont doublement exposées aux discriminations. En effet, une femme homosexuelle pourra être victime d'actes lesbophobes conjuguant à la fois homophobie et sexisme. De même, le dépliant grand public sur l'homophobie dans l'emploi attire l'attention des lecteurs sur cette spécificité.
- 54 Par ailleurs, le Défenseur des droits publiera prochainement un rapport sur la situation des femmes handicapées dans l'emploi qui souligne que ces femmes sont d'autant plus vulnérables qu'elles peuvent parfois cumuler de multiples facteurs de discrimination ou d'éloignement de l'emploi (genre et handicap, mais aussi âge, territoire, situations familiale et sociale) voire même être victimes de discriminations et d'inégalités spécifiques. Au-delà, l'objectif de ce rapport est de montrer l'intérêt d'un regard intersectionnel et de mobiliser les acteurs en ce sens. En effet, si l'outil juridique reste aussi limité, c'est également parce que les discriminations multicritères – et notamment leur dimension systémique – ne sont pas connues, reconnues, en France. En effet, la discrimination intersectionnelle n'est étudiée en France que depuis peu³² et, les analyses quantitatives et qualitatives concernant le croisement de plusieurs critères, tels que le genre et le handicap, sont quasiment absentes des études et recherches.

C Exclusion des hommes homosexuels du don de sang

- 55 Dès décembre 2011 et dans le sillage de la position défendue par la HALDE depuis 2006, le Défenseur des droits s'est saisi de la question de l'interdiction de don du sang aux hommes homosexuels du seul fait de leur orientation sexuelle et avait estimé que la France devrait limiter les restrictions aux seules personnes, hommes ou femmes, présentant un risque accru du fait exclusif de comportements sexuels à risque. En ce sens, l'Espagne et l'Italie prévoient seulement une exclusion temporaire en cas de

multipartenariats ou de changement de partenaire, quelle que soit la nature de la relation concernée (hétérosexuelle, homosexuelle ou bisexuelle). Le Défenseur des droits s'est ainsi félicité de la décision rendue par la CJUE le 29 avril 2015. En effet, conformément à ses propres analyses, la Cour a jugé que l'interdiction permanente du don de sang pour l'ensemble du groupe constitué d'hommes ayant eu des rapports sexuels avec des hommes pouvait présenter un caractère discriminatoire dès lors, qu'en l'état actuel de la science, un niveau élevé de protection de la santé des receveurs pouvait être assuré par des techniques efficaces de détection du VIH moins contraignantes. Si la Cour reconnaît donc l'objectif visé comme légitime, elle rappelle que le caractère nécessaire et proportionné de la mesure doit être vérifié par le juge national et demande que des mesures alternatives à l'interdiction soient recherchées³³.

- 56 Depuis sa prise de position de 2011, le Défenseur a interpellé la ministre de la Santé à plusieurs reprises, notamment dans le cadre du projet de loi de modernisation de notre système de santé³⁴, qui a depuis été adopté définitivement. Son article 40 vient modifier l'article L. 1211-6-1 du code de la santé publique qui prévoit désormais que « Nul ne peut être exclu du don de sang en raison de son orientation sexuelle »³⁵.
- 57 La ministre de la Santé a annoncé en novembre 2015 l'ouverture progressive, en deux étapes, du don de sang aux hommes homosexuels. La 1^{ère} interviendra au printemps 2016 et prévoit l'ouverture du don du sang aux hommes qui n'auront pas eu de relations homosexuelles depuis douze mois³⁶, après questionnaire et entretien via une modification de l'arrêté du 12 janvier 2009 fixant les critères de sélection des donneurs de sang. Toujours à partir du printemps 2016, les hommes qui, au cours des quatre derniers mois, n'ont pas eu de relation homosexuelle ou ont eu un seul partenaire pourront donner leur plasma (partie liquide du sang) grâce à la création d'une filière sécurisée. Cette filière sécurisée permettra aux autorités sanitaires de mener une étude sur le terrain sur ces nouveaux donneurs. Si l'étude démontre qu'il n'y a pas de risque, un an après la levée de l'interdiction, la durée de l'ajournement pourra être réduite³⁷.
- 58 Le 4 novembre 2015, le Défenseur des droits a publié un communiqué suite à l'annonce faite par la ministre. Le communiqué salue la levée de l'interdiction demandée par l'institution depuis 2011. Toutefois, le Défenseur des droits rappelle que la mise en œuvre du nouveau dispositif doit être faite dans les meilleurs délais et doit viser à garantir à la fois l'égalité entre toutes les personnes quelles que soit leur orientation sexuelle et les exigences de la sécurité du don du sang.

NOTES

1. <http://www.defenseurdesdroits.fr/fr/publications/etudes/7e-barometre-sur-la-perception-des-discriminations-au-travail>
2. Avis de la CNCDH sur les discriminations fondées sur la précarité sociale, 4 février 2016
3. Avis du Défenseur des droits 2015-15 du 9 juin 2015 sur la Proposition de loi n° 378 visant à lutter contre la discrimination à raison de la précarité sociale

4. Voir à cet égard, la décision 2015-262 du 9 novembre 2015 suite à la réclamation du collectif dit des bonnets d'âne.
5. Loi n° 83-364 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, Le projet de loi relatif à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires adopté définitivement le 7 avril vient, suites aux interventions du Défenseur des droits, modifier la loi de 1983 pour intégrer ce critère de situation de famille.
6. Défenseur des droits, Avis n° 15-23 du 28 octobre 2015 sur le projet de loi n° 661 portant application des mesures relatives à la Justice du XXIème siècle
7. Article 1^{er} de la Loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs et portant modification de la loi n° 86-1290 du 23 décembre 1986, modifié par l'article 1^{er} de la loi n° 2014-366 du 24 mars 2014 pour l'accès au logement et un urbanisme rénové
8. Directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail
9. Art. 1^{er}-1° de la Loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations
10. Voir à cet égard *infra* l'expertise commandée par le Défenseur sur les femmes immigrées dans le secteur du nettoyage.
11. Défenseur des droits, Décision n° MSP-MDS-MLD-2015-021, 3 février 2015
12. Cour d'appel de Paris, 24 juin 2015, n° 13/24277
13. Avis du DDD n° 13-10 du 31 octobre 2013 sur la proposition de loi visant à instaurer un recours collectif en matière de discrimination et de lutte contre les inégalités
14. Avis du DDD n° 15-13 du 2 juin 2015 relatif à la proposition de loi n° 1699 instaurant une action de groupe en matière de discrimination
15. DDD, Avis n° 15-23 du 28 octobre 2015 sur le projet de loi n° 661 portant application des mesures relatives à la Justice du XXIème siècle
16. Articles 15 de la directive 2000/43 et 17 de la directive 2000/78.
17. M. MERCAT-BRUNS, E. BOUSSARD-VERRECCHIA, « Appartenance syndicale, sexe, âge et inégalités : vers une reconnaissance de la discrimination systémique ? », *Revue de droit du travail*, nov. 2015, p. 660
18. Cass. Soc., 6 juin 2015, Agirc-Msa, n° 10-21489 sur le refus d'affilier certaines catégories de personnel au régime de retraite et de prévoyance des cadres : traitement différent pour les emplois relevant des métiers sociaux (à prédominance féminine) et les emplois plus techniques (hommes), seuls ces derniers en bénéficiant. La Cour de cassation indique : « *ayant constaté un traitement défavorable, constitué par le refus d'affiliation à l'AGIRC, au détriment des fonctions d'assistants du service social, de délégués à la tutelle et de conseillers en économie sociale de la MSA, dont il n'est pas contesté qu'elles sont très majoritairement occupées par des femmes, par comparaison avec les fonctions de contrôleurs, inspecteurs, agents d'animation et techniciens conseils de prévention dépendant de la même convention collective, principalement occupées par des hommes, la cour d'appel a exactement décidé que l'AGIRC, qui se bornait à soutenir que le critère de comparaison avec des fonctions semblables dans des conventions collectives voisines était le seul qui permette d'atteindre l'objectif de stabilité, de cohérence et de pérennité du régime, ne justifiait pas du caractère nécessaire et approprié du refus d'affiliation des catégories essentiellement féminines d'assistant du service social, de délégué à la tutelle et de conseiller en économie sociale* »
19. Défenseur des droits, Guide « Un salaire égal pour un travail de valeur égale, Guide pour une évaluation non discriminante des emplois à prédominance féminine », mars 2013.
20. CJUE Nikolova, CHEZ Razpredelenie Bulgaria AD contre Komisia za zashtita ot diskriminatsia, C-83/14, 16 juillet 2015
21. Crenshaw Kimberlé, « Demarginalizing the intersection of race and sex : a black feminist critique of anti-discrimination doctrine, feminist theories and antiracist policies », *University of Chicago Legal Forum*, 1989, pp. 139-167.

22. Latraverse Sophie, Report on measures to combat discrimination - Country Report 2013 : France, European Network of Legal Experts in the Non-discrimination Field, 2014.

23. K. Crenshaw s'intéresse au contentieux de la non-discrimination dans le domaine de l'emploi aux Etats-Unis. A travers l'étude de plusieurs procès pour discrimination sexuelle et raciale, elle constate que le droit peine à prendre en compte les discriminations spécifiques vécues par les femmes afro-américaines. L'affaire *DegRaffenreid c. General Motors* est en cela emblématique : cinq plaignantes noires accusent General Motors de discriminations raciales et sexuelles mais la Cour rejette leurs demandes en statuant qu'il fallait les juger séparément à savoir la discrimination sexuelle d'une part et discrimination raciale d'autre part. Les plaignantes sont déboutées, K. Crenshaw conclut que les femmes noires ne sont protégées par le droit que lorsque leurs expériences se rapprochent de celles des femmes blanches (pour les discriminations sexuelles) ou des hommes noirs (pour les discriminations raciales). Les discriminations *sui generis* vécues par les femmes afro-américaines ne sont pas reconnues par le droit, voire amplifiées. Identifier et faire falloir plusieurs causes de discriminations à travers le droit demeure complexe. Pour expliquer cela, K. Crenshaw utilise la métaphore de l'accident de voiture à un carrefour de circulation (« intersection ») : dans l'incapacité de déterminer quelle voiture a renversé les passantes (en l'occurrence toutes les voitures sont impliquées), le médecin/le juge ne peut les soigner/considérer leurs plaintes, les blessées/plaignantes restent à terre, les requérantes ne sont pas considérées, elles sont déboutées. Voir l'article de Crenshaw Kimberlé, « Demarginalizing the intersection of race and sex... », *op. cit.*, pp. 139-167.

24. Directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail et Directive 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique

25. De même, la Commission Européenne qui rappelle l'importance du concept d'intersectionnalité dans le rapport de 2007 « Lutte contre la discrimination multiple : pratiques, politiques et lois » ou encore l'Institut Européen pour l'égalité des genres (EIGE) à travers de nombreuses études.

26. Défenseur des droits, Bilan annuel d'activité 2014, pp. 13-17.

27. *Ibid.*

28. Défenseur des droits, décision MLD-2015-248 du 12 octobre 2015 relative à des faits de harcèlement sexuel et à des mesures de représailles

29. Voir pour exemple, CA Poitiers, ch. Soc., 17 février 2009, Crédit agricole (observations HALDE) : croisement genre + âge + apparence physique (femme obèse) dans une discrimination dans l'emploi (stéréotype sur le manque de dynamisme des femmes « sénéiores »/grosse, la femme de 44 ans est écartée du recrutement CDI en raison d'un « potentiel d'évolution » insuffisant !) = après un premier jugement n'ayant pas retenu la discrimination, le juge d'appel tranche pour une discrimination l'embauche fondée sur l'âge

30. Défenseur des droits, décision MLD-2013-71 du 23 avril 2013 relative au défaut d'aménagement d'un poste de travail ainsi qu'à la prise en compte des absences dans la notation d'un fonctionnaire hospitalier

31. 9^e édition du baromètre du Défenseur des droits et de l'OIT sur la perception des discriminations dans l'emploi, « Le physique de l'emploi », février 2016

32. Jaunait Alexandre et Chauvin Sébastien, « Représenter l'intersection » Les théories de l'intersectionnalité à l'épreuve des sciences sociales », *Revue française de science politique*, 2012/1Vol. 62, pp. 5-20.

33. CJUE, 29 avril 2015, C-528/13, Geoffrey Léger/Ministre des Affaires sociales, de la Santé et des Droits des femmes et Etablissement français du sang

34. Défenseur des droits, Avis n° 15-12 du 28 mai 2015 sur le projet de loi n° 406 de modernisation de notre système de santé

35. Loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé

36. Comme c'est le cas au Royaume-Uni depuis 2011.

37. Voir Arrêté du 5 avril 2016 fixant les critères de sélection des donneurs de sang

AUTEUR

SARAH BENICHOU

Sarah BENICHOU Défenseur des droits, cheffe de l'unité accès aux droits et discriminations,
Département Promotion de l'égalité et de l'accès aux droits